

sich. Die Kommission bemüht sich um einen Kompromiss, indem sie kleinere Unternehmen und Gemeinden ausnimmt. Hieran sind die Mitgliedstaaten freilich nicht gebunden. Ohnehin ergibt sich ein indirekter Anreiz zur Schaffung solcher Strukturen daraus, dass Hinweisgeber aus solchen kleineren Unternehmen direkt externe Kanäle nutzen dürften und auch in den Genuss der Schutzwirkungen der Richtlinie kommen können.⁶⁷

Kritisieren ließe sich, dass der Entwurf keine gezielten Anreize in Gestalt eines Bußgelderlasses oder einer abgestuften Sanktionsmilderung schafft, um der Privatwirtschaft einen verlässlichen Zusatznutzen zu bieten, der wie im Kartellrecht auch mit dem Regulierungsansatz kompatibel wäre. Probleme könnte einigen Staaten auch die geforderte Vertraulichkeitsgarantie bereiten. Nationaler Datenschutz kann Modellen mit strengem Identitätsschutz sehr kritisch gegenüberstehen.⁶⁸ Kompromisse ermöglichen Meldesysteme wie das BKMS-Hinweisgebersystem. Unbehandelt bleibt schließlich das neuralgische Sonderproblem der Preisgabe von Informationen, welche die nationale Sicherheit berühren. Derartige Informationen sollen offenbar weiterhin eine Sonderbehandlung erfahren. An das große Spannungsverhältnis zwischen Geheimnisschutz und Informations-

Presse- und Meinungsfreiheit traut sich die Kommission nicht heran.

Die Regierungen der Mitgliedstaaten sollten den Vorschlag als Chance begreifen, die unbefriedigende Rechtslage in vielen Rechtsordnungen zu beseitigen, und daher konstruktiv im Gesetzgebungsprozess mitwirken. Sie sollten dabei nicht bei der Verletzung von Unionsrecht stehen bleiben, sondern den Vorschlag als Impuls für eine umfassende nationale Regelung sehen, die sich nach dieser Blaupause friktionsfrei modellieren lässt. Grundvoraussetzung ist freilich, sich die Bedeutung des Whistleblowing zu vergegenwärtigen und einen entsprechend konsequenten Regulierungsansatz zu wählen. Damit verbinden sich zugleich ein klares gesamtgesellschaftliches Bekenntnis zum Whistleblower und eine Anerkennung der gewichtigen zivilgesellschaftlichen Funktion, die von ihm bei der Bewältigung zentraler öffentlichen Anliegen wahrgenommen wird. Hinweisgebersysteme sind gesellschaftlich zulässig und wünschenswert. Der Whistleblower ist kein anarchisch subversiver Gegner des Staates und kein Schrecken des ökonomischen Establishments und er ist auch nicht zwingend ein Denunziant. Die Tätigkeit des Whistleblowing ist zweierlei. Sie ist einerseits Grundrechtsausübung eines Bürgers zur Wahrnehmung eigener zivilgesellschaftlicher Verantwortung und andererseits ein Rechtspflegeinstrument zum Schutz öffentlicher Interessen. Diese Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts entspricht dem Verständnis eines selbstbewussten, liberalen Bürgertums. Es fördert wirksame Selbstbestimmung und Selbstregierung.

⁶⁷ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, KOM(2018) 218 endg., Erwägungsgrund 40. Dies ist ein weiterer Beleg für den durchsetzungsorientierten Regulierungsansatz der Kommission.

⁶⁸ Becker, S. 210 ff.

Aufsätze und Anmerkungen

Der Berliner Raser-Fall als Prüfstein für das voluntative Vorsatzelement

Zugleich Besprechung von BGH HRRS 2018 Nr. 289

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel und Dr. Matthias Wachter

I. Einleitung

Die Zunahme illegaler Autorennen in deutschen Städten hat in den vergangenen Jahren zu einer beachtlichen Schärfung des öffentlichen Gefahrenbewusstseins geführt. Der Gesetzgeber hat auf dieses Phänomen mit der Schaffung einer neuen Vorschrift im Rahmen der Straßenverkehrsdelikte reagiert, die zu einer erheblichen Ausweitung der Strafbarkeit führt. Nach § 315d Abs. 1 Nr. 1 StGB ist die Ausrichtung und Durchführung, nach

§ 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB bereits die Teilnahme an derartigen Rennen mit einer Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht, während gem. § 315d Abs. 2 StGB Qualifikationen für die konkrete Gefährdung von Leib, Leben oder Sachen von bedeutendem Wert beinhaltet.¹ Aus der Gesetzesbegründung und den Beratungen zu dem Entwurf geht der Leitgedanke der Vorschrift klar hervor: Es soll ein „klares gesetzge-

¹ Vgl. nur BeckOK StGB/Kulhanek, 38. Ed. 1.5.2018, StGB § 315d Rn. 8 ff.; Stam StV 2018, 464.

risches Signal⁴² an die Raser-Szene gerichtet werden, um dem gefährlichen Treiben Einhalt zu gebieten.

Von einem gewachsenen Bedürfnis der Öffentlichkeit nach mehr Sicherheit im Straßenverkehr zeugen auch die Reaktionen auf das Urteil des LG Berlin, mit dem sich der 4. Strafsenat auseinanderzusetzen hatte. Die Entscheidung des Landgerichts, das die Angeklagten wegen mittäterschaftlichen Mordes gem. §§ 211, 25 II StGB verurteilte, ist nicht nur in der Strafrechtswissenschaft überwiegend positiv aufgenommen worden.³ Auch in der (politischen) Öffentlichkeit hieß es, das Urteil sei eine „ganz klare Ansage“⁴⁴ bzw. ein „richtungsweisendes Signal“⁴⁵. Angesichts dieses rechtspolitischen Klimas bedurfte die von der Vorsitzenden Richterin des 4. Strafsenats des BGH im Rahmen der Urteilverkündung geäußerte Einschätzung, die Aufhebung des Berliner Urteils werde „auf Kritik stoßen“⁴⁶, keines nennenswerten prophetischen Talents. Dabei bewegt sich die Entscheidung des 4. Strafsenats durchaus im Rahmen der Rechtsprechung des BGH, der jedoch in der Sache auch Raum für die Bejahung eines bedingten Tötungsvorsatzes bietet, wie die Entscheidung zum Berliner Fall selbst und vor allem die am gleichen Tag getroffene Entscheidung in einem anderen (in Frankfurt angesiedelten) Fall zeigt.⁷ Dass die Rechtsprechung des BGH einen derart weiten Spielraum bietet und gegenläufige Erwartungshaltungen nährt, liegt auch daran, dass die von ihr verwendete „Vorsatzformel“ (Vorsatz als Wissen und Wollen) und insbesondere die Definition des bedingten Vorsatzes nur vordergründig klar sind. In der Anwendung führen ihre auslegungsbedürftigen Merkmale und Beweisregeln zu einer (wenig konsistenten) Kasuistik und kaum vorhersehbaren Entscheidungen. Daher gibt die Entscheidung des 4. Strafsenats Anlass, das höchstrichterliche Vorsatzverständnis grundsätzlich zu hinterfragen.

II. Das Begriffsverständnis der herrschenden Meinung und dessen Schwächen

1. Die Bedeutung des voluntativen Elementes

In knappen Ausführungen unterstreicht der 4. Strafsenat die Grundannahme der Rechtsprechung, wonach die Bejahung des Vorsatzes eine zweistufige Prüfung voraus-

setzt: Zum einen müsse der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennen (Wissenselement), zum anderen müsse er diese Folge billigen oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Todes abfinden (Willenselement). In jenem zweiten Prüfungsschritt liegt dabei die Quintessenz der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Denn die bewusste Fahrlässigkeit zeichnet sich dadurch aus, dass der Handelnde mit der immerhin als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten.

Dem Willenselement kommt im Wesentlichen die Funktion zu, den in der Vorstellungswelt des Täters ausgemachten psychischen Befund mit Blick auf dessen Einstellung zu den Anforderungen des Rechts zu bewerten.⁸ Nur derjenige, der die erkannten Gefahren auch „innerlich billigt“, „sich mit ihnen abfindet“ und damit „nicht mehr auf einen günstigen Ausgang vertraut“, treffe eine die hervorgehobene Vorsatzbestrafung rechtfertigende „Entscheidung gegen das Rechtsgut“⁹. Hierbei soll es auf eine eigene Wertung des Täters ankommen: Nur dann, wenn der Handelnde die Gefahr auch für sich, d.h. als Ergebnis seines eigenen psychischen Verarbeitungsprozesses „billigt“, „ernst nimmt“ etc., sei die Annahme bedingten Vorsatzes angezeigt.¹⁰

2. Kritik an der Bedeutung des psychologisch verstandenen voluntativen Elements

a) Strafretheoretische Inkonsistenzen

An dieser Stelle setzt die lauter werdende Kritik eines Teils des wissenschaftlichen Schrifttums an: Soll wirklich der Täter selbst bzw. dessen subjektive Einstellung den Unterschied zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit begründen? Die Nachteile dieser Lozierung der Bewertungsinstantz liegen auf der Hand. Sie begünstigt Wirklichkeitsverweigerer und Rücksichtslose, die einleuchtende Gefahren partout nicht wahrhaben oder „ernst nehmen“ wollen¹¹. Denn derjenige, der ein für jeden halbwegs einsichtigen Menschen drohendes Unheil ignoriert – sei es aus Gleichgültigkeit¹² oder Leichtfertigkeit –, entgeht mit Blick auf das dann nahe liegende „Vertrauen auf einen guten Ausgang“ der härteren Bestrafung. Die Raser-Fälle liefern hierzu ein besonders anschauliches Beispiel: Wer sich in draufgängerischer Manier auf ein noch so gefährliches Vorhaben mit der verwegenen Ein-

² So der sächsische Justizminister Gemkow im Rahmen der Beratungen im Bundesrat, 960. Sitzung am 22. 09.2017, S. 403.

³ Herzberg JZ 2018, 122; Grünwald JZ 2017, 1069; Kubicel/Hoven NSTz 2017, 439; Preuß NZV 2018, 303; Puppe ZIS 2017, 439. Deziert anderer Ansicht Momsen KriPoZ 2018, 76; T. Walter NJW 2017, 1350.

⁴ Künast, vgl. <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/berlin-mord-urteil-gegen-raser-zustimmung-bei-politikern-und-experten-a-1136569.html>, abgerufen am 28.06.2018.

⁵ Malchow, vgl. <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/berlin-mord-urteil-gegen-raser-zustimmung-bei-politikern-und-experten-a-1136569.html>, abgerufen am 28.06.2018.

⁶ FAZ vom 2. März 2018, S. 6.

⁷ Zum Frankfurter Fall siehe BGH v. 1.3.2018 – 4 StR 158/17 = HRRS 2018 Nr. 392.

⁸ So deutlich Vogel GA 2006, 388; Puppe ZIS 2014, 68.

⁹ Vgl. die Analyse von Hassemer, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 289 ff.

¹⁰ Vgl. die umfangreichen Nachweise aus der Rechtsprechung bei Puppe ZStW 103 (1991), 6 ff.; dies. ZIS 2014, 67.

¹¹ Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2013, S. 379 f. – Siehe auch Hörnle NJW 2018, 1576, 1577: Die Annahme, dass alle Menschen immer Situationen entweder eine Gefahr billigen oder auf deren Nichtverwirklichung vertrauten und also „eine klare und konsistente Einstellung zu erkannten Risiken ausbilden“, sei nicht plausibel.“ Ähnlich Grünwald JZ 2017, 1069, 1070.

¹² Hierzu Jakobs ZStW 114 (2002), 584 ff.

schätzung einlässt, es werde „schon gut gehen“, fällt aus dem Bereich der Vorsatzbestrafung heraus. Weshalb es gerade auf die eigene Einschätzung desjenigen ankommen soll, der die „Minimalstandards des Zusammenlebens“ aufkündigt¹³, ist nicht einsichtig.¹⁴ Denn damit wird gerade jene Gruppe übermütiger und tollkühner Phantasten privilegiert, die eine nachsichtige Behandlung durch das Recht am wenigsten verdient haben. *Momsen* hält dem entgegen, dass das Recht die Irrationalität des Handelns berücksichtigen müsse, weil die meisten Gewalttaten und -täter „irrational, unvernünftig“ seien. Wer Straftäter erst- oder resozialisieren wolle, müsse zuerst einmal versuchen, „sich in ihre Irrationalität einzufühlen, um zu sehen, wie sich die Tat aus dieser Perspektive darstellt, die eben gerade nicht die eigene, als evident vernünftig gesetzte, ist.“¹⁵ Diese Einfühlung ist für das faktische Verständnis der Gesamttat (und vor allem die Strafzumessung) wichtig, ihr Ergebnis kann jedoch für die Bewertung des Falles – gerade aus positiv-spezialpräventiven Gründen – keine ausschlaggebende Rolle spielen: Die Aufgabe der Spezialprävention liegt in der Besserung des Täters, der Korrektur seiner rechtsdefizitären Einstellung,¹⁶ daher kann das Recht die irrationale Sichtweise des Täters nicht übernehmen oder gar billigen. Da der Täter „vom Recht“ lernen soll und nicht das Recht von ihm, wäre es für die Spezialprävention kontraproduktiv, wenn die unvernünftig-irrationale Weltdeutung des Täters die strafrechtliche Bewertung festlegt und ihm attestiert, das Recht teile seine Einschätzung, man könne mit dreifach überhöhter Geschwindigkeit im innerstädtischen Bereich fast ein Dutzend roter Ampeln überqueren und *dennoch* damit rechnen, dass alles gut gehen werde. Das Ergebnis einer an den Zielen der Spezialprävention maßnehmenden Bewertung entspricht mithin dem Ergebnis, zu dem eine retributive und positiv-generalpräventive Betrachtung gelangt: Sieht man den Kern des Strafrechts und der Legitimation seiner Rechtsfolge nicht in einer spezialpräventiven Zweckverfolgung, sondern fokussiert den Schuldausgleich und das symbolisch-kommunikative Element der Strafe, ist die psychologische Einstellung des Täters die Grundlage der Bewertung, nicht aber das für die strafrechtliche Bewertung entscheidende Kriterium.

b) Unklarer Indizienkatalog

Die in der Strafrechtswissenschaft geäußerten grundsätzlichen Bedenken an einer psychologischen Konzeptualisierung des voluntativen Elements finden in den Entscheidungsgründen kein Gehör. Dabei zeigen gerade die zentralen Erwägungen des Senats, mit denen die Aufhebung des Berliner Urteils begründet wird, welche Unstimmigkeiten das Festhalten an einem (psychologisch verstandenen) Willenselement mit sich bringt. Zunächst steht auch für die Rspr. fest, dass die innere Tatseite nur mit Hilfe von objektiven Kriterien rekonstruiert werden

kann.¹⁷ Welche Vorstellung der Täter bei Begehung der Tat hatte, ist nach st. Rspr. des BGH durch eine „Gesamt-schau aller objektiven und subjektiven Tatumstände“ zu beurteilen.¹⁸ Die Kriterien, die dabei heranzuziehen sind, liefert der Senat gleich mit: die Persönlichkeit des Täters, dessen psychische Verfassung bei Tatbegehung, seine Motivation und die für das Tatgeschehen bedeutsamen Umstände, daneben auch die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung sowie der Grad der Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts, wobei eine Würdigung der Umstände des Einzelfalles eine abstrakte Grenzziehung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ausschließe. Mit welchem Gewicht die einzelnen Indiztatsachen in die Gesamtwürdigung einzustellen sind, bleibt dabei jedoch unklar. Liegt etwa die Betonung der nunmehr mit dem Fall betrauten Kammer auf dem Gesichtspunkt der „objektiven Gefährlichkeit der Tathandlung“, dürfte um die Annahme von Vorsatz nicht herumzukommen sein. Etwas anderes mag jedoch dann gelten, wenn die Motivation des Täters oder – je nach Auslegung des für sich genommen farblosen Aspekts – dessen Persönlichkeit mit stärkerem Gewicht in die Würdigung einbezogen wird.

Die Strafbarkeit lässt sich daher nach Belieben ausweiten oder einschränken, solange der BGH keine einigermaßen klare Rangfolge zwischen den genannten Indikatoren vorgibt.¹⁹ Dass der Senat dies selbst nicht wesentlich anders beurteilt, zeigt sich daran, dass die Karlsruher Richter eine Bestrafung wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts und sogar wegen Mord nicht kategorisch ausschließen.²⁰ Auch ein am selben Tag verkündetes Urteil, in dem umgekehrt eine Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung in einem ähnlich gelagerten Fall aufgehoben wurde, dürfte diejenigen enttäuschen, die sich nach einer klaren Prüfungsstruktur sehnen. Mit der schlichten Benennung der maßgeblichen Kriterien sowie dem Verweis auf die freie Beweiswürdigung des Tatrichters wird die vornehmste Aufgabenstellung einer Revisionsinstanz, die Einheit des Rechts sicherzustellen²¹, verfehlt.

c) Selbstgefährdung als entscheidendes Gegenindiz?

Zu einem entscheidenden Indiz für das Vertrauen auf einen guten Ausgang kann nach Auffassung des Senats die Tatsache zu rechnen sein, dass mit dem Risiko einer Kollision bei derart hohen Geschwindigkeiten eine nicht unerhebliche Eigengefährdung einhergehe.²² Erkennt der Handelnde die Gefahr für seine eigene Person, soll dies nach dieser Logik dagegen sprechen, dass sich der Täter mit dem Eintritt des Erfolges abgefunden habe.²³ Dieser

¹³ So *Janisch* SZ vom 02.03.2018, S. 4.

¹⁴ Dazu *Kubicel/Hoven* NStZ 2017, 439, 441 f.; *Schneider*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2017, § 212 Rn. 23a.

¹⁵ *Momsen* KriPoZ 2018, 76, 89.

¹⁶ *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 11 ff.

¹⁷ Näher dazu mit Nachweisen *Gaede*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 15 Rn. 8.

¹⁸ Eingehend dazu *Eisele* JZ 2018, 549, 550 ff.

¹⁹ Zu diesem Vorwurf *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2013, S. 378 f. m. zahlr. Nachw.

²⁰ Darauf weist zutr. hin *Hörnle* NJW 2018, 1576.

²¹ Vgl. hierzu *Gericke*, Vorbem. zu §§ 333 ff. Rn. 2, in: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Auflage 2013.

²² Eingehend dazu *Eisele* JZ 2018, 549, 553 f.

²³ Dazu *Roxin* (Fn. 16), § 12 Rn. 23; *T. Walter* NJW 2017, 1350, 1351. Krit. dazu *Kubicel/Hoven* NStZ 2017, 439, 441; *Schneider*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2017, § 212 Rn. 23a. S. auch *Hörnle* NJW 2018, 1576, 1578:

Gedanke des Senats ähnelt der im Vorfeld der Entscheidung vorgetragenen Argumentation, die Anwesenheit der „Freundin auf dem Beifahrersitz“ oder „des Freundes auf der Rückbank“²⁴ sprächen indiziell für die Annahme einer Fahrlässigkeitstat.²⁵ Auf dem Boden der überkommenen Rechtsprechung mag dies zwar folgerichtig sein. Axiologisch stimmig oder gar zwingend ist dieser Gedanke gleichwohl nicht: Wer die Gefährdung Dritter selbst dann nicht unterlässt, wenn sein eigenes Leben oder dasjenige nahe stehender Personen dabei auf dem Spiel steht, kann (ja muss) als weitaus rücksichtsloser eingestuft werden als derjenige, der „nur“ andere Leben in Gefahr bringt. Gerade wer enorme Gefahren für eigenes, aber auch für das Leben seiner Beifahrer in Kauf nimmt, zeigt damit seine gesteigerte Bereitschaft, Gefahren einzugehen und sich über mögliche Folgen hinwegzusetzen.

III. Tat/Vorsatz-Koinzidenz

Nachvollziehbar und im Ergebnis zutreffend ist die Entscheidung des 4. Strafsenats aber wegen einer zumindest unglücklich gewählten Formulierung im Urteil des Berliner Landgerichts. Dort war mehrfach ausgeführt worden, dass den Angeklagten „spätestens“ zu dem Zeitpunkt Vorsatz nachgewiesen werden könne, in dem sie in den Bereich der späteren Unfallstelle eingefahren sind. Mit Blick auf die notwendige Koinzidenz zwischen Tatbegehung und Vorsatz (§§ 16 I 1, 8 StGB) hätten sich die Feststellungen zum Vorstellungsbild der Angeklagten auf den Zeitpunkt des auf den Erfolgseintritt gerichteten

Dieser Schlussfolgerung könnten „unreflektiert eigenen Wertungen und Einstellungen“ zugrunde liegen, die die „Raser“ nicht teilen müssten.

²⁴ Beide Beispiele stammen von T. Walter NJW 2017, 1350, 1351.

²⁵ Zustimmend Jäger JA 2018, 468, 471.

Handelns beziehen müssen²⁶. Streng genommen wäre dies vorliegend schon der Moment derjenigen Betätigung des Gaspedals, die aufgrund der dadurch erreichten Geschwindigkeit eine Vermeidung der tödlichen Kollision unmöglich machte. Eine lediglich nach diesem Zeitpunkt erlangte Kenntnis (sog. *dolus subsequens*) reicht daher zwar nicht für die Annahme von Vorsatz. Ob sich insofern aber auch tatsächlich abweichende Feststellungen ergeben werden, darf mit guten Gründen bezweifelt werden²⁷.

IV. Schluss

Der Fall der Berliner Raser hat – wie zwei Jahrzehnte zuvor die HIV-Fälle – ein Schlaglicht auf die Vorsatzdogmatik geworfen. Wie wenig andere Sachverhaltsgestaltungen erweist sich der vorliegende als Prüfstein für ein Vorsatzverständnis, das (vordergründig) am voluntativen Element festhält und dieses (ebenfalls vordergründig) psychologisch versteht. Nach unserer Auffassung kann ein solches Vorsatzverständnis den Test nicht bestehen, sondern lädt zu Spekulationen über die innere Tatseite der Angeklagten ein. Erschwerend kommt hinzu, dass der offene Indizienkatalog die Möglichkeit bietet, das Ergebnis beinahe jeder Spekulation als richtig auszuweisen. Eine vorhersehbare Rechtsanwendung, die Akzeptanz bei Rechtsgemeinschaft und Angeklagten finden kann, ist kaum möglich.

²⁶ BeckOK StGB/von Heintschel-Heinegg StGB § 8 Rn. 4, 37. Ed. 1.2.2018.

²⁷ So auch die Einschätzung von Hoven, vgl. <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-03/bundesgerichtshof-raser-urteil-berlin>, abgerufen am 28.06.2018.